

VD_OMNI PS.2002.0002 vom 22. Juli 2003

VD Tribunal cantonal, 2003-07-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2002.0002

FR: VD_OMNI PS.2002.0002 du 22 juillet 2003

IT: VD_OMNI PS.2002.0002 del 22 luglio 2003

Regeste

c/Service de l'emploi | Lorsque la différence entre le gain assuré calculé le dernier mois de cotisation et celui calculé les 12 derniers mois est inférieure à 10%, elle ne justifie pas de s'écarter du principe fixé par l'art. 37 al. 1 OACI (dernier mois).

Volltext

Vaud Tribunal cantonal Cour de droit administratif et public 22.07.2003 PS.2002.0002

c/Service de l'emploi | Lorsque la différence entre le gain assuré calculé le dernier mois de cotisation et celui calculé les 12 derniers mois est inférieure à 10%, elle ne justifie pas de s'écarter du principe fixé par l'art. 37 al. 1 OACI (dernier mois).

CANTON DE VAUD TRIBUNAL ADMINISTRATIF Arrêt du 22 juillet 2003 sur le recours formé par X. _____, domiciliée ***** contre la décision du Service de l'emploi, 1ère instance cantonale de recours en matière d'assurance-chômage du 12 décembre 2001 concernant la fixation du gain assuré. * * * * *

Composition de la section: M. Eric Brandt, président; Mme Dina Charif Feller et M. Rolf Wahl, assesseurs. Vu les faits suivants: A. X. _____, née le 27 mars 1953, a travaillé du 1er novembre 1999 au 31 mars 2001 en qualité de conseillère en personnel auprès de la société Y. _____ SA. Le contrat de travail signé le 15 octobre 1999 prévoit à son article 10 qu'un avenant détermine le salaire offert et les obligations du collaborateur; cet avenant faisant partie intégrante du contrat et pouvant être renégocié chaque année. Le premier avenant annexé au contrat fixe le salaire mensuel brut de base à 5'000 fr. et comporte la précision suivante sous la rubrique "bonus 1" : "(...) En fin d'année 1999, le/la collaborateur/ice touchera un (bonus 1) discuté et fixé avec la direction en fonction du comportement professionnel et de la marge bénéficiaire de travail ainsi que des pertes sur débiteurs. Ce bonus ne fait pas partie intégrante du salaire proposé. (...)" Un nouvel avenant signé le 1er mars 2000 maintient le salaire mensuel brut à 5'000 fr. et comporte une rubrique comparable concernant le bonus, rédigé dans les termes suivants : "(...) En fin d'année, la collaboratrice touchera un bonus discuté et fixé avec la direction en fonction du comportement professionnel, du CA, de la marge et des éventuelles pertes sur débiteurs. Ce bonus ne fait pas partie intégrante du salaire proposé. (...)" En date du 28 février 2001, la société Y. _____ SA a résilié le contrat de travail d'X. _____ pour le 31 mars 2001, pour des motifs liés à la restructuration du secteur médical. X. _____ a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de la Caisse de chômage CVCI (ci-après : la caisse), et elle a revendiqué le paiement des indemnités dès le 1er avril 2001. B. Par décision du 20 juin 2001, la caisse a fixé le montant du gain assuré à 5'000 fr. sans prendre en compte le bonus versé en fin d'année en 1999 et 2000. La décision précise que pour l'année 2001, aucun avenant au contrat n'avait été signé. C. X. _____ a recouru contre cette décision auprès du Service de l'emploi, le 2 juillet 2001. Elle estime

que l'avenant concernant la fixation du salaire et le bonus a été tacitement reconduit pour l'année 2001 et demande que le gain assuré soit fixé à 5'416 fr. Par décision du 12 décembre 2001, le Service de l'emploi a rejeté le recours confirmant la décision de la caisse. Il estime en substance que l'autorité devait se fonder uniquement sur les montants des salaires effectivement perçus. D. X. _____ a contesté cette décision par le dépôt d'un recours au Tribunal administratif le 7 janvier 2001 en demandant que le gain assuré soit fixé sur la base d'un salaire annuel de 65'000 fr. comprenant le 13ème salaire versé pour l'année 2000. L'Office régional de placement, le Service de l'emploi ainsi que la caisse ont été invités à se déterminer sur le recours. Le Service de l'emploi conclut au rejet du recours, la caisse s'en rapporte à justice, l'Office régional de placement n'a pas d'observations supplémentaires à apporter. Considérant en droit: 1. a) L'art. 23 LACI désigne le gain assuré comme le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement dans la mesure où de telles allocations ne sont pas des indemnités pour inconvénient liés à l'exécution du travail. En principe, les heures supplémentaires ne font pas partie du gain assuré (ATF 116 V 281), ainsi que les heures accomplies en plus de l'horaire habituel (arrêt du TFA non publié du 4 octobre 2002, C 115/02). En revanche, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et haut rendement sont incluses dans le gain assuré, même si l'employeur les verse à bien plaisir et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATF 122 V 363, consid. 3 et les références citées). b) Par gratification, il faut entendre, une rétribution spéciale accordée en sus du salaire par l'employeur à certaines occasions, tel que Noël ou la fin de l'exercice annuel (art. 322 d CO). Lorsque la période de référence est le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI), les gratifications doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant lesquels l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un 13ème salaire (DTA 1988, 15, p. 120, consid. 4). L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme les versements réguliers et sans réserve d'une gratification (Brunner/Bühler/Weber, Commentaires du contrat de travail, 2ème édition, note 5, ad art. 322 d CO). Mais une gratification est due uniquement lorsque l'employeur l'a versée au moins trois années consécutives (ATF non publié 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 4b). Les parties peuvent également soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions, notamment la réalisation d'objectifs fixés aux travailleurs par l'employeur (Stahlin, Zürcher Kommentar, n. 25 ad art. 322 d CO). c) En l'espèce, le principe du versement de la gratification est prévu par l'avenant au contrat de travail fixant le salaire de l'employé. La rubrique "bonus 1" précise que le collaborateur "touchera" un bonus discuté et fixé avec la direction en fonction du comportement professionnel, de la marge bénéficiaire de travail ainsi que des pertes sur débiteurs. Un tel bonus a effectivement été versé à la recourante à la fin de l'année 1999 et à la fin de l'année 2000. Mais l'on ne peut déduire de ces paiements un droit de l'employé au versement d'un 13ème salaire. Par ailleurs, l'art. 322 d al. 2 CO prévoit en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, que le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi. Or, les deux avenants au contrat de travail ne prévoient pas le versement anticipé de la part du bonus de fin d'année en cas de rupture du contrat de travail avant l'échéance prévue pour l'octroi du bonus. Le contrat de travail de la recourante a été

résilié avant l'échéance fixée pour déterminer le montant du bonus de telle sorte qu'elle n'avait de toute manière pas droit à une part proportionnelle de ce montant. 2. Il convient encore de déterminer quelle est la période de référence pour le calcul du gain assuré. a) En règle générale, la période de référence pour le calcul du gain assuré est le dernier mois de cotisation avant le début du délai cadre relatif à la période d'indemnisation (voir ancien art. 37 al. 1 OACI en vigueur jusqu'au 30 juin 2003; ci-après aOACI). Lorsqu'il y a un écart d'au moins 10 % entre le salaire du dernier mois de cotisation et le salaire moyen des six derniers mois, le gain assuré est calculé d'après ce salaire moyen (art. 37 al. 2 aOACI). Enfin, lorsque le calcul effectué sur la base des premier et deuxième alinéas se révèle injuste pour l'assuré, la caisse peut se fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisation (art. 37 al. 3 aOACI). La jurisprudence a précisé que l'art. 37 al. 3 aOACI prend notamment application lorsque le salarié a travaillé au service de plusieurs employeurs durant de courtes périodes pendant le délai cadre de la période de cotisation (DTA 1996/1997 no 9 p. 35). Une directive de l'autorité fédérale de surveillance précise que l'art. 37 al. 3 aOACI trouve application lorsque le salaire moyen des douze derniers mois de cotisation diffère de plus de 10% du salaire calculé conformément aux alinéas 1 et 2 (bulletin MT/AC98/4). Le Tribunal fédéral des assurances a toutefois laissé ouverte la question de savoir si une telle restriction au sein de l'application de l'art. 37 al. 3 OACI restait dans les limites de la délégation législative donnée au conseil fédéral par l'art. 23 LACI (ATF non publié du 15 avril 2002 rendu en la cause C 4/02, consid. 3b/bb). b) En l'espèce, si la caisse de chômage avait calculé le gain assuré de la recourante sur la période de douze mois allant du 1er avril 2000 au 31 mars 2001, elle pouvait ainsi prendre en considération la part du treizième salaire versée depuis le mois d'avril 2000 jusqu'au mois de décembre 2000, à savoir un salaire moyen brut de 5'312 fr. 50. Mais la différence de 312 fr. 50 avec le gain assuré de 5000 fr. calculé conformément à l'art. 37 al. 1a OACI est inférieure à la proportion de 10 % fixée par la directive de l'autorité fédérale. Le tribunal considère que la recourante ne se trouve pas dans un cas justifiant l'application de l'art. 37 al. 3 aOACI en raison de la faible différence qui existe entre la gain assuré calculé conformément à l'alinéa 1 et celui de la moyenne des douze derniers mois. Il estime qu'il convient de s'en tenir à la directive de l'autorité fédérale et que seul le salaire perçu pour le mois de mars 2001 est déterminant pour le calcul du gain assuré (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, p. 120-121). 3. Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté et la décision attaquée maintenue. Par ces motifs le Tribunal administratif arrête: I. Le recours est rejeté. II. La décision du Service de l'emploi du 12 décembre 2001 est maintenue. III. Il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens. jc/Lausanne, le 22 juillet 2003 Le président: Le présent arrêt est communiqué aux destinataires de l'avis d'envoi ci-joint La présente décision peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa communication, d'un recours au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Le recours s'exerce par acte écrit, déposé en trois exemplaires, indiquant : a) quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la présente décision; b) pour quels motifs le recourant s'estime en droit d'obtenir cette autre décision; c) quels moyens de preuve le recourant invoque à l'appui de ses motifs. La présente décision et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée, ainsi que les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant, seront jointes au recours.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.